

## ***ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DA PROPRIEDADE URBANA***

---

**ELIANA CALMON ALVES**

*Ministra do Superior Tribunal de Justiça*

A visão jurídica do direito real, gênero da espécie direito de propriedade, e sua própria definição, por si sós, são suficientes para demonstrar o seu caráter absoluto, porquanto é ele exercido pelo seu titular sobre a coisa, sem intermediação de quem quer que seja.

Desde o Direito Romano, já se identificava a idéia de limite ao exercício deste direito. Afirmam os historiadores que a Lei das XII Tábuas já previa limitações ao uso da propriedade, muito embora com uma visão eminentemente individualista. Após muitas décadas, voltou a florescer a supremacia do direito de propriedade, assim contemplado pela Revolução Francesa de 1789 e que inspirou o Código Civil Francês de 1804, significativamente chamado de Código da Propriedade. A influência dessa visão é tão profunda que, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26/08/1789, ficou consagrada a propriedade como um direito sagrado e inviolável.

Historicamente, é interessante observar, que da França originaram-se as teorias opostas e extremadas sobre o direito de propriedade. Se o francês foi capaz de pensar a propriedade como o mais absoluto dos direitos e influenciar, com este pensamento, o mundo jurídico da época, voltou ele a repensar o conceito de propriedade e, em posição inteiramente oposta, também consagrou a idéia de que a propriedade só poderá ser garantida juridicamente pelo Estado, quando tiver função social.

No Brasil, a propriedade sempre foi preservada pelas constituições e o direito de propriedade, a partir da Carta Imperial de 1824, foi considerado como um dos direitos fundamentais. Contudo, foi na

Constituição de 1934 que se condicionou o direito de propriedade ao cumprimento de sua função social<sup>1</sup>.

Após um espaço de dez anos, passamos pela Carta de 1937, o Estado Novo, vindo então a Constituição de 1946. Nela, pelos caminhos da redemocratização, foi restaurada a função social da propriedade, incluindo-se como princípio da ordem econômica e social a destinação do direito, mesmo os absolutos. Esta foi a tônica, no direito brasileiro, até a CF/67<sup>2</sup>.

Entretanto, o grande resgate da dívida social veio com a Carta de 1988, na qual a garantia do direito de propriedade, expressa em diversos artigos, está condicionada à sua destinação<sup>3</sup>.

A função social, exigida para a garantia do direito outorgado constitucionalmente, implica em uma série de ônus para o seu titular, desde as restrições de exercício, até a proibição de uso exclusivo, passando pela exigência de um aproveitamento racional e eficiente, com a adequada utilização dos recursos naturais e a preservação do meio ambiente.

Os intérpretes da Constituição Brasileira afirmam que, no Brasil, só se garante a propriedade que cumpra função social. A garantia outorgada pelo constituinte ao direito de propriedade qualificado pelo seu fim é de tal importância que foi previsto constitucionalmente em cláusula pétrea<sup>4</sup>.

O direito de propriedade no Brasil é hoje substancialmente diferente, a ponto de ter retirada a garantia constitucional e, com ela, a proteção estatal, se não se cumprir a função social.

A analítica Carta Magna foi enfática, sem margem a interpretações, pois explicitou que a propriedade urbana deve atender ao

---

<sup>1</sup> Artigo 113, inciso 17, Constituição de 1934

<sup>2</sup> Artigo 157, Constituição de 1967

<sup>3</sup> Incisos XXII e XXIII do artigo 5º e inciso III do artigo 170 da Constituição de 1988

<sup>4</sup> Artigo 60, § 4º, Constituição Federal de 1988.

plano diretor da cidade para merecer a garantia constitucional<sup>5</sup>. É interessante observar que, pela primeira vez, preocupou-se a Constituição com a natureza jurídico-ambiental da cidade e sua expansão. Assim, a cidade não é mais disciplinada com vista à aglutinação de bens privados ou públicos, pois adquirem outra dimensão, por força das determinações constitucionais que formam a ordem urbanística<sup>6</sup>, também chamado de meio ambiente artificial.

O Estatuto da Cidade é exemplo verdadeiro da publicização do Direito Privado, inaugurando uma simbiose entre as concepções jurídicas tradicionalmente examinadas em dicotomia, Direito Público e Direito Privado.

A tutela do meio ambiente artificial advém de forma mediata da Constituição<sup>7</sup>, a qual prevê a proteção geral ao meio ambiente e a tutela à vida, em todas as suas formas, com vista à dignidade da pessoa humana.

De forma imediata, a Constituição traça as regras da política urbanística, aprofundando as orientações quanto ao conceito de qualidade de vida, satisfação dos valores da dignidade da vida e da pessoa humana<sup>8</sup>. Nesse enfoque, os bens, públicos ou privados, devem estar atrelados à idéia de função social e de utilidade.

A propriedade no Brasil, até o advento da Constituição Federal de 1988, estava voltada para o individualismo econômico, e assim foi normatizada no Código Civil de 1916. O Código de Beviláqua filiou-se à corrente germânica e instituiu a extensão do direito de propriedade sobre o espaço aéreo e sobre o subsolo, em altura e profundidade necessários ao seu exercício. Prestigiou-se a utilidade e o interesse, enquanto manteve viva a supremacia do indivíduo sobre o Estado, como corolário de uma

---

<sup>5</sup> Artigo 182, § 2º e artigo 183. Ver Lei 10.257, de 10/07/2001 – Estatuto da Cidade

<sup>6</sup> Artigo 225 da Constituição Federal

<sup>7</sup> Artigo 225 da Constituição Federal

<sup>8</sup> Artigos 182 e 183 da Constituição Federal

sociedade sedimentada em uma economia rural, sustentada pela mão-de-obra escrava e imigratória.

É bem verdade que, ao longo dos anos, a linha ideológica foi sendo amenizada pelas leis esparsas que colocaram a propriedade dentro do contexto constitucional – função social da propriedade –, empalidecendo as características de direito absoluto, perpétuo e ilimitado. Basta lembrar a Lei de Luvas, a denúncia cheia da Lei do Inquilinato, a nacionalização da propriedade e outras.

Enfim, mudaram-se as regras civilistas por leis extravagantes, para contemplar a nova realidade econômica e contemporizar a força das insatisfações sociais, dentre as quais destaca-se o Movimento dos Sem-Terra, a maior das resistências ao regramento da propriedade privada da forma como está hoje garantida no nosso velho Código Civil, este em profunda divergência com a Constituição Federal de 1988.

A manutenção, por exemplo, da supremacia da propriedade sobre a posse, contemplada no Código Civil<sup>9</sup>, só pode ser contornada com a idéia, sempre presente no espírito do intérprete, de que, em nome da estabilidade das normas, garantem-se também os objetivos sociais e econômicos definidos pelo Estado.

Dentro desse contexto histórico, em que há de prevalecer as regras constitucionais, filtrando-se por ela a legislação infraconstitucional, as normas passam a ter uma linguagem menos jurídica e mais setorial, contemplando-se como princípio fundamental a função social da propriedade. Nesse sentido já está o novo Código Civil afinado com os novos fundamentos<sup>10</sup>.

Examinado apressadamente o capítulo da propriedade no novo Código Civil, pode parecer que se operou mudança apenas formal.

---

<sup>9</sup> Artigo 505 do Código Civil

<sup>10</sup> Artigo 1.228, § 1º do Novo Código Civil, Lei 10.406, de 10/01/2002

Entretanto, a transformação foi radical. Basta dizer que o direito de superfície tem disciplina no novo código como direito autônomo<sup>11</sup>. Trata-se de um importante instrumento que possibilita adequar a propriedade urbana ao meio ambiente artificial.

A sintonia da propriedade, voltada para a preservação do meio ambiente, de forma a cumprir o seu papel constitucional – função social –, consagrou juridicamente a idéia do solo criado, permitindo a transferência, gratuita ou onerosa, do direito de construir sem atingir o domínio<sup>12</sup>.

O direito de superfície, a par de substituir com vantagem o regime da enfiteuse, atende a necessidade prática de permitir a construção em solo alheio, mesmo quando é ele classificado como público, o que ocorre com barracas, bares e restaurantes instalados em via pública.

É o direito de superfície incentivo à construção, sobretudo nos grandes centros populacionais, beneficiando o fundeiro que, sem recursos, não pode dar ao seu bem a função social exigida. Ao mesmo tempo, favorece o direito de superfície o desenvolvimento das construções e edificações, (direito de implante), gerando como fruto, ao proprietário, o recebimento do chamado “CÂNON SUPERFICIÁRIO”.

O direito de superfície liberta-se da aparente semelhança com a enfiteuse, por ser um direito temporário, proibindo-se a modalidade perpétua. Para o exato entendimento, tome-se o exemplo dado pelo Professor Sílvio Venosa: um prédio inacabado, que o superficiário se propõe a terminar. É o que os portugueses chamam de SOBRELEVAÇÃO.

Continuando a sintonia constitucional, explicitado está, no novo Código, o já estava previsto na Constituição: o limite da propriedade que

---

<sup>11</sup> Artigos 1.369 a 1.377 do Novo Código civil, Lei 10.406, de 10/12/2002

<sup>12</sup> Artigos 21 a 24 do Estatuto da Cidade, Lei 10.257/2001

não se estende às jazidas, aos recursos minerais, aos potenciais de energia hidráulica e aos monumentos arqueológicos<sup>13</sup>.

Registre-se, ainda, a perda da característica da inalienabilidade dos bens públicos dominiais<sup>14</sup>, reafirmando o comando maior de que a propriedade, pública ou privada, deve ter função social.

Outro destaque do direito infraconstitucional em sintonia com a política urbana preconizada na Constituição<sup>15</sup> é o PARCELAMENTO DO SOLO.

É bem verdade que a legislação sobre parcelamento do solo urbano antecede a Constituição, pois foi a Lei 6.766, de 1979, que primeiro tratou da questão. À época, teve a lei como escopo regular o registro de loteamentos, desmembramentos, compromissos de compra e venda e de cessões ou de promessas de cessões.

Ao advento da Constituição de 1988, deixou o legislador expresso no art. 182, § 4º, a faculdade de o poder público promover o parcelamento ou edificações compulsórias, como sanção ao proprietário que descumpra exigência formal quanto ao adequado aproveitamento da sua propriedade. E o aspecto sanatório também permite a cobrança de impostos mais rigorosos, pela progressividade das alíquotas, chegando até mesmo à desapropriação, mediante títulos da dívida pública com resgate em dez anos<sup>16</sup>.

É importante destacar não serem apenas os proprietários de terrenos os únicos a se submeterem ao crivo das sanções constitucionais, podendo ser alcançados os proprietários de edificações, se estas não cumprem a função social.

---

<sup>13</sup> Artigos 176 e 177 da Constituição Federal

<sup>14</sup> Artigo 101 do Novo Código Civil

<sup>15</sup> Artigos 182 e 183 da Constituição Federal

<sup>16</sup> Artigo 182, §§ 1º, 2º, 3º e 4º da Constituição Federal

Se a Constituição permite ao poder público federal parcelar o solo ou nele erigir edificações, para com elas obter a adequada utilização, o Estatuto da Cidade não admite que o poder público municipal exerça este tipo de sanção, parcelando ou edificando para posterior ressarcimento.

Diferentemente, sem imiscuir-se na propriedade, o município notifica o proprietário da área para que realize obrigação de fazer em condições e prazos preestabelecidos. Assim, cabe a ele, o proprietário, parcelar ou construir, sendo apenado com imposto progressivo (IPTU), por um lapso temporal, até a drástica sanção da desapropriação. Assim, a leitura do Estatuto da Cidade só pode ser feita após bem interpretado o art. 182, § 4º, da Constituição<sup>17</sup>.

Em nome da função social, a Constituição não poupou esforços no sentido de podar o uso absoluto do direito de propriedade e consagrou o princípio do uso limitado, em favor dos direitos culturais e do acesso às fontes da cultura nacional. Previu o tombamento de imóveis ou mobiliário urbano, retirando do proprietário a livre disposição para garantir a preservação de um acervo que será utilizado para um novo fim.

O poder público está constitucionalmente autorizado a intervir na propriedade, seja pelo tombamento, o qual limita o seu uso sem impor indenização (se não houver esvaziamento econômico), seja pela desapropriação, hipótese em que o proprietário é obrigado a abdicar do uso, gozo e fruição do seu bem, mediante indenização<sup>18</sup>, sendo este o mais drástico instrumento de realização da reforma urbana.

A desapropriação autorizada no artigo 182, § 3º, da Constituição é inteiramente distinta da desapropriação por necessidade, utilidade pública ou interesse social. Trata-se de uma desapropriação – penalidade, pelo descumprimento da função social da propriedade. Embora

---

<sup>17</sup> Artigos 5º e 6º do Estatuto da Cidade, Lei 10.257/2001

<sup>18</sup> Artigos 215 e 216 da Constituição Federal

já prevista na Carta de 1967, nunca foi aplicada, entendendo-se ela como norma meramente programática.

Dentre os inúmeros questionamentos suscitados em torno da desapropriação sanção, parece-me prioritário saber qual o rito aplicável a esse tipo de desapropriação. A conclusão a que se chega é a de que, antes da edição de uma lei específica regulando a matéria, deve-se aplicar o art. 271 do CPC, ou seja, as regras do procedimento comum e não as regras das clássicas desapropriações.

A moderníssima visão constitucional de reforma urbanística legou aos municípios a tarefa de editar o seu plano diretor, como expresso na Carta Magna<sup>19</sup>. Entretanto, tem ele de estar em sintonia com o direito urbanístico, cujas normas competem, concorrentemente à União e aos Estados. Em outras palavras, as três esferas do poder político trabalham em prol do bem-estar dos cidadãos que vivem nos centros urbanos.

## CONCLUSÕES

1ª) As constituições brasileiras, desde a Constituição Imperial de 1824, sempre garantiu o direito de propriedade.

2ª) A visão constitucional do direito de propriedade sempre foi a de um direito absoluto, embora já se falasse em função social da propriedade.

3ª) Somente na CF/88 é que a garantia ao direito de propriedade, erigida em cláusula pétrea, condiciona-se expressamente ao seu uso.

4ª) Se a propriedade não exerce função social, retira-lhe o Estado a garantia.

---

<sup>19</sup> Artigo 182, § 2º, da Constituição Federal



5ª) Em relação à propriedade urbana, a função social será aferida pela sua compatibilidade como o plano diretor do município.

6ª) Pela primeira vez uma Carta Constitucional preocupa-se com a ordem urbanística em detalhe, chamando-a de meio-ambiente artificial.

7ª) O Estatuto da Cidade, Lei 10.257, de 10/07/2001, é diploma que nasceu dentro do novo espírito jurídico de publicização do direito privado, tendência que hoje abala a clássica dicotomia direito público - direito privado.

8ª) O espírito tendencioso da finalidade da propriedade é tão forte que até os bens públicos não fogem à regra. Hoje, os bens públicos dominiais seguem a regra das propriedades privadas, perdendo inclusive a característica de inalienabilidade.

9ª) O Código Civil que entrará em vigor no próximo mês de janeiro (Lei 10.406, de 10/01/2002) adequou-se às diretrizes constitucionais e inovou inteiramente o capítulo dos direitos reais.

10ª) Dentre as inovações, está a disciplina ao direito de superfície como direito autônomo e a conseqüente extinção da enfiteuse, o parcelamento do solo.

11ª) O parcelamento do solo é importante instrumento de política social nas cidades.

12ª) O Estatuto da Cidade só pode ser interpretado com vista ao contido no art. 182, § 4º, da Constituição.

13ª) As sanções, disciplinadas por lei com respaldo constitucional, vão desde o tombamento até a expropriação.

14ª) A desapropriação urbana e ordenada como sanção como pena é um veículo eficaz na condução da política do meio ambiente urbano.

15ª) Em matéria de direito urbanístico, devem os municípios, dentro da sua competência para legislar, elaborando o seu plano diretor, observar as regras da Constituição, da União (leis federais) e dos Estados (leis estaduais), em razão da competência concorrente, cabendo aos municípios legislar sobre o direito local, exclusivamente (plano diretor).